

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado Ponente

SP4131-2016

Radicación 43512

(Aprobado en acta No. 105)

Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de WILLIAM MANUEL GUEVARA BOHÓRQUEZ contra la sentencia de 5 de diciembre de 2013, mediante la cual el Tribunal Superior de Sincelejo, confirmó la emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del mismo Distrito Judicial, que lo condenó como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Rafael

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El aspecto fáctico fue presentado por los juzgadores así:

El día 3 de agosto de 2011, siendo aproximadamente las 22:30 horas, cuando por orden de la Fiscalía los agentes de la policía judicial de la SIJIN, patrullero JORGE ARCHILA OCHOA y ALEXANDER VILLABON ARIAS, realizaron diligencia de allanamiento y registro en la residencia ubicada en la calle 26-A N° 17-A 132 barrio El Bosque de esta ciudad (Sincelejo), pudieron verificar al momento de arribar al lugar, que en la puerta principal estaba una persona que vestía jeans color azul y sin camiseta, el cual al percatarse de la presencia de los policiales sale corriendo hacia el interior de la residencia y asegura la puerta, por lo que de inmediato se procede a utilizar medios coercitivos y dándole alcance a ésta persona en el patio cuando lanzaba un objeto, lugar donde fue interceptado por los agentes, quien posteriormente fue identificado como WILLIAM MANUEL GUEVARA BOHÓRQUEZ con CC N° 1.102.827.940 de Sincelejo.

Proceden entonces a registrar la habitación N° 1 en presencia de la señora ESTELLA MOLINA HERNÁNDEZ, JAMER JARABA MOLINA y la Dra. BEATRIZ GÓMEZ HERRERA, funcionaria del Ministerio Público sin encontrar EMP, seguidamente se registra en la habitación N° 2 encontrándose en un mesón de madera un paquete de bolsitas plásticas transparentes las cuales se enumeran como EMP N° 1, fijada fotográficamente, rotulada y embalada, así mismo se halló encima de una mesa de madera al lado de una estufa, un envuelto en hoja de cuaderno el cual contenía en su interior una sustancia compuesta por tallos, hojas y semillas de olor penetrante característico al de la marihuana que fue enumerada como EMP N° 2 fijada fotográficamente, rotulada y embalada.

Raúl

También se halló encima de la mesa varias bolsitas plásticas transparentes las cuales fueron enumeradas por los policiales como EMP N° 3 y en la misma habitación, sobre la cama se encontró la suma de treinta y cinco (\$35.000,00), lo cual es enumerado como EMP N° 4.

Por las anteriores situaciones, los policiales proceden a dar captura al señor WILLIAM MANUEL GUEVARA BOHÓRQUEZ, leyéndole los derechos del capturado, siendo trasladado a las instalaciones de la URI donde es dejado a disposición del Fiscal de turno.

Al examinar la sustancia se determinó que se trataba de 31.7 gramos de cannabis.

En audiencia cumplida el 4 de agosto de 2011 el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Sincelejo-Sucre legalizó la orden de allanamiento y registro realizada por la Fiscalía, una vez que el representante de éste organismo argumentó que se había expedido al haber tenido conocimiento que en la casa de calle 26-A N° 17-A 132 del barrio El Bosque vendían estupefacientes (cocaína y marihuana). Así mismo, legalizó la captura de WILLIAM MANUEL GUEVARA BOHÓRQUEZ.

En esa diligencia, el ente acusador le imputó la posible comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de almacenar y vender, tras precisar que se hallaron diferentes bolsitas plásticas que generalmente son utilizadas para embalar, distribuir o

Rafael 3

vender tal sustancia y que en la revisión del sistema aparecía un allanamiento hecho a la misma residencia practicado el 13 de enero anterior en el cual también había sido capturado GUEVARA BOHÓRQUEZ, solicitando para el proceso del que ahora se ocupa la Corte la imposición de medida de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario. El imputado no aceptó los cargos y fue afectado con la medida solicitada.

El 9 de septiembre siguiente fue presentado el escrito de acusación por el citado ilícito, de conformidad con el artículo 376, inciso 2° del Código Penal, *modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011*, bajo los verbos almacenar y vender.

El 6 de octubre de 2011 al cumplirse la audiencia de formulación de acusación, el delegado de la Fiscalía solicitó el aplazamiento de la misma a fin de celebrar un preacuerdo con el procesado, no obstante, cómo tal acto no se materializó, el 19 de enero de 2012 se celebró aquella audiencia por el referido ilícito. Allí la defensa solicitó la nulidad de la actuación al argumentar que la droga hallada estaba destinada exclusivamente para el consumo del inculcado, pedimento que le fue negado.

Cumplidas las audiencias preparatoria y de juicio oral, tras anunciar en ésta sentido de fallo de carácter condenatorio, el 27 de septiembre de 2013 se declaró la responsabilidad penal de WILLIAM MANUEL GUEVARA BOHÓRQUEZ como autor del delito objeto de acusación, al

Rafael
4

imponerle las penas de sesenta y cuatro (64) meses de prisión, multa de 2.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la aflictiva de la libertad, sin concederle la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria.

En virtud del recurso de apelación promovido por el defensor del inculcado, el Tribunal Superior de Sincelejo a través de sentencia de 5 de diciembre de 2013 confirmó la condena, razón por la cual el profesional insistió al impugnar extraordinariamente con la respectiva demanda de casación, que luego de admitida, fue sustentada ante esta Sala.

LA DEMANDA

Formula un cargo al amparo de la causal primera de casación, contemplada en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, dada la infracción de los artículos 11 y 376 del Código Penal.

De la premisa relacionada con que se acreditó la condición de farmacodependiente del procesado, estima que la escasa cantidad de 11,7 gramos de marihuana que sobrepasó la dosis mínima de 20 gramos, ha de ser entendida como de aprovisionamiento y por lo mismo,

Rafael

declarar que tal conducta no generó algún peligro para el bien jurídico de la salud pública.

Señala que el propósito de la tenencia de la sustancia por parte de su asistido no era el de suministrarla a terceros, sino usarla con fines personales, que precisamente la Fiscalía no aportó pruebas para concluir que tuviera un fin distinto al propio consumo, en cambio, a instancia de la defensa se recepcionó el testimonio del médico Ignacio Porras Arrazola, especialista en fármaco-dependencia, con el cual se probó que GUEVARA BOHÓRQUEZ era abusador de los estupefacientes en el borde con la dependencia, profesional que incluso recomendó una intervención multidisciplinaria que abarcara las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, terapia ocupacional y familiar, con un seguimiento posterior por un grupo de apoyo de narcóticos anónimos.

Que también se practicó el testimonio de Patricia Mercedes Godín Arias quien conocía a GUEVARA BOHÓRQUEZ como consumidor de marihuana, reconociendo que la droga hallada era propiedad de él y no era para la venta.

Destaca el censor que el procesado no vivía en la residencia del barrio el bosque de Sincelejo, sino en la invasión «La Palma» y sólo estaba visitando a su compañera permanente Zulay Patricia Martínez Almario, quien vive allí con sus padres Luis Felipe Martínez y María Almario, y que

Rafael

además, la orden de allanamiento no iba dirigida hacia su defendido sino a Luis Enrique.

Concluye que la conducta del inculcado carece de antijuridicidad material, porque atentó contra su propia salud y no contra la salud pública, máxime que se trata de una cantidad insignificante o no desproporcionada frente a la dosis mínima, por lo que solicita casar el fallo para emitir decisión de reemplazo de carácter absolutorio.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

Solo el Delegado de la Fiscalía concurrió a la diligencia, porque el defensor mediante escrito previamente manifestó que se mantenía en los términos presentados en la demanda, en tanto que el Delegado del Ministerio Público se excusó.

El representante del ente acusador le otorga razón al demandante y depreca casar el fallo a fin de absolver al procesado.

Aduce que el referente fáctico enseña que si bien la sustancia incautada superó la dosis mínima, no se demostró que el procesado fuera expendedor de estupefacientes, a cambio, sí se acreditó que era abusador de sicoactivos en el borde de la dependencia, según concepto médico, prueba que no fue rebatida.


7

En este sentido, pone de manifiesto el error del Tribunal cuando estimó que abusador de sicoactivos significaba consumirlos esporádicamente, porque aun de la misma definición que trae el diccionario se entiende que el abuso es un uso indebido o excesivo de algo, por eso, era claro que el procesado no solo consumía sustancias estupefacientes sino que lo hacía en exceso, abusando de las mismas.

Agrega que la cantidad de sustancia superó la autorizada, sin embargo, la aplicación de la norma prohibitiva no puede ser exégeta, y al ser un exceso no significativo, es claro que no se causó algún riesgo al bien jurídico tutelado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Con el anuncio de un yerro de juicio del Tribunal en cuanto al análisis de la contrariedad del comportamiento con la ley pretende el impugnante mudar el fallo de condena adoptado en contra de WILLIAM MANUEL GUEVARA BOHÓRQUEZ por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Aunque encaminó el reparo por el sendero de la violación directa de la ley, deviene diáfano que su disenso lo finca en aspectos probatorios, falencia que ha de entenderse superada ante la admisión de la demanda.


8

En efecto, el defensor resalta que si bien la droga incautada superó la fijada como dosis personal, la Fiscalía no demostró que GUEVARA BOHÓRQUEZ la tuviera para un fin diverso al de su propio consumo, en tanto que con el testimonio del médico Ignacio Porras Arrázola, especialista en fármaco-dependencia, se probó que era abusador de los estupefacientes en el borde con la dependencia, aspecto del consumo corroborado con el testimonio de Patricia Mercedes Godín Arias.

Y si bien el representante del ente acusador en la audiencia de sustentación se muestra conforme con el pedimento del censor cuando pone de manifiesto el yerro del Tribunal por concluir la condición de traficante pese a la manifestación del citado galeno que GUEVARA BOHÓRQUEZ era abusador, la Corte advierte que no es viable acceder a ello toda vez que, como lo determinó el Tribunal, probatoriamente se demostró que la droga estaba destinada a la venta, distribución o comercio.

En reciente decisión (CSP SP mar. 9 de 2016, rad. 41760), la Corte estableció la necesidad de definir si en el proceso se está juzgando a un enfermo o a un infractor de la ley, pues la jurisdicción penal solamente tiene competencia para ocuparse de la conducta de éstos últimos, lo cual implica distinguir en ese contexto las circunstancias específicas del caso que permitan adoptar la decisión que corresponda.

 9

Se destacó la atipicidad de la conducta para los consumidores o adictos siempre que la finalidad sea la de su consumo personal, lo que puede desvirtuarse en cada caso según las circunstancias modales, temporales o espaciales, como cuando la cantidad supera exageradamente la requerida por el consumidor, adicto o enfermo, o la intención es sacarla o introducirla al país, transportarla, llevarla consigo, almacenarla, conservarla, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla, financiarla, suministrarla o portarla con ánimo diverso al consumo personal.

Lo anterior implica que la condición de enfermo de un sujeto por tratarse de un adicto o un consumidor no lo exonera de responsabilidad penal si la cantidad portada a pesar de tener la finalidad del consumo es exagerada, o es acompañada de otros propósitos ilícitos como los ya citados.

Se precisó así en cuanto al consumo los temas anejos a la dosis personal han de ser resueltos dogmáticamente en el ámbito de la tipicidad a partir de las modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico por el Acto Legislativo 02 de 2009, pues ha de sopesarse en todo caso el ánimo de ingesta de las sustancias, como ingrediente subjetivo o finalidad específica.

Ello porque según exposición de motivos de la aludida reforma constitucional prohibir el porte de sustancias estupefacientes o psicotrópicas era *parte de una filosofía*

Handwritten signature
10

preventiva y rehabilitadora», de ahí que se hubiera facultado al legislador para establecer medidas pedagógicas, profilácticas o terapéuticas destinadas a los consumidores, excluyendo la posibilidad de imponer penas de reclusión en establecimientos carcelarios.

En ese óptica se destacó que al reglamentar el consumo, la adicción o la situación del enfermo dependiente y establecer que su conducta ha de entenderse como un problema de salud y que únicamente admite como medidas de control por parte del Estado tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico, se está partiendo del supuesto que tales personas están autorizadas a portar y consumir una cantidad de droga, sin que esa acción y porción corresponda a la descripción típica del artículo 376 del C.P., siendo sólo tal proceder de competencia de las autoridades administrativas de la salud en el orden nacional, departamental o municipal.

Pero también se enfatizó que aun tratándose del porte de dosis personal pero sin nexo al propio consumo sino a la comercialización, tráfico, e incluso a la distribución gratuita, la conducta ha de ser penalizada al tener la potencialidad de afectar los bienes jurídicos de salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social, pues se está ante un delito pluriofensivo.

Rafael
11

En este caso cierto es que en el testimonio que rindió el médico Ignacio Porras Arrazola, especialista en fármaco-dependencia en desarrollo de la audiencia de juicio oral explicó que tras el examen físico hecho a GUEVARA BOHÓRQUEZ y valorar su entorno social y cultural determinó no sólo el consumo a la marihuana sino su abuso.

Y de atender que según el artículo 2° de la Ley 30 de 1986 el abuso es definido como el uso de droga por una persona, prescrita por ella misma y con fines no médicos y que por su parte la Organización Mundial de la Salud en 1994 bajo el título Lexicón of Alcohol and Drug Terms OMS, lo definió como *«un modelo desadaptativo de uso de una sustancia psicoactiva caracterizado por un consumo continuado, a pesar de que el sujeto sabe que tiene un problema social, laboral, psicológico o físico, persistente o recurrente, provocado o estimulado por el consumo o consumo recurrente en situaciones en las que es físicamente peligroso»*.¹, aún de admitir que GUEVARA BOHÓRQUEZ es un abusador ante el consumo repetido de estupefacientes, es claro que con la conducta desplegada traspasó su problema personal al tenerla destinada para su comercialización.

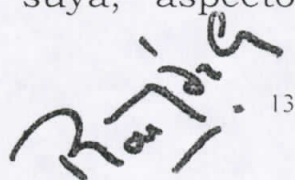
En efecto, con las declaraciones de los policiales Alexander de Jesús Villabón Arias y Víctor Alfonso Corredor Hernández que participaron en la diligencia de allanamiento

¹www.who.int/substance_abuse/terminology/lexicon_alcohol_drugs-spanish.

y registro al inmueble se establece que la droga hallada no resulta compatible exclusivamente con el propósito de consumo del inculpatado. Aquellos en sus declaraciones indicaron que al tener conocimiento de la venta de estupefacientes en la calle 26-A N° 17-A 132 del barrio El Bosque de Sincelejo, lugar que ya había sido objeto de otros registros y allanamientos con resultados positivos toda vez que ya había sido capturado WILLIAM MANUEL GUEVARA BOHÓRQUEZ, encontraron para efectos de este proceso penal además de los 31,7 gramos de cannabis, 35 bolsas pequeñas transparentes y \$35.000,00 en dinero en efectivo representado en billetes de varias denominaciones.

A través de las declaraciones de los policiales fueron incorporadas las actas de incautación de los elementos, en las que se detalla que encima de una mesa de madera al lado de la estufa estaba una hoja de cuaderno envuelto a su interior una bolsa plástica con tallos y hojas de la sustancia, en otra mesa varias bolsas plásticas pequeñas y \$35.000,00 pesos en billetes de varias denominaciones encima de la cama, de lo cual el Tribunal aplicando las reglas de la experiencia infirió que se trataba del tradicional «*menudeo*» en la venta de la sustancia estupefacientes.

Pero no fue solo ese aspecto el que permitió desligar la sustancia hallada del destino del propio consumo del procesado, porque éste admitió que la habitación en la cual fueron hallados tales elementos era la suya, aspecto


13

corroborado con las manifestaciones del policial Víctor Alfonso Corredor Hernández, quien realizó el arraigo del capturado cuando precisó que había suministrado como dirección el inmueble que había sido objeto del registro, lo cual desvirtúa las manifestaciones de Patricia Mercedes Godín Arias, acerca de que GUEVARA BOHÓRQUEZ no vivía allí, sino en una invasión cercana y que sólo estaba visitando a su compañera permanente Zulay Patricia Martínez Almario.

Precisamente la declaración de Patricia Godín no mereció credibilidad para el Tribunal por lo vacilante y dubitativa que se mostró para señalar que el procesado vivía en diferente lugar, y que la marihuana era de él porque la usaba en su propio consumo.

A lo anterior se le sumó la actuación que asumió GUEVARA BOHÓRQUEZ cuando notó la presencia de la autoridad, ya que estaba en la puerta principal y al ver a los uniformados salió corriendo hacia el interior y aseguró la puerta, por lo cual los policiales debieron forzarla y vieron cuando por el patio lanzó algo hacia el exterior, objeto que por la hora y haber sido arrojado a un monte no fue ubicado, permitieron mediante prueba circunstancial edificar el compromiso penal del procesado, en cuando hizo actos propios de un habitante de la casa, no de un visitante, máxime que estaba sólo en jean, sin camisa o camiseta.



Por eso el juzgador destacó que *«De ser cierto que el inculpado no residía en el inmueble objeto del allanamiento y de paso que el alucinógeno allí hallado no le pertenecía, no se entiende porqué su reacción natural no fue abandonar el lugar, en procura de que no se le ligara con cualquier actividad ilegal, puesto que estaba afuera, y tuvo esa oportunidad; pero como obró de forma contraria, ingresando al lugar, la explicación sensata es que sí residía en ese lugar».*

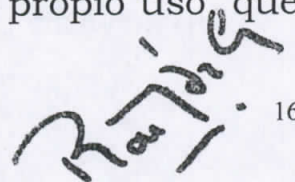
Y aunque la defensa argumenta que la orden de allanamiento estaba dirigida contra una persona diferente al procesado, esto es, contra Luis Felipe Rodríguez Sierra, los policiales clarificaron que la orden estaba acotada en el domicilio de la calle 26^a N° 17^a 132 contra el citado ciudadano y otros que pudieran resultar involucrados, de ahí que por la actitud que asumió GUEVARA BOHÓRQUEZ y por reconocer que la habitación en la que se encontraron las varias bolsas pequeñas, la sustancia y el dinero, era la que él ocupaba se procedió a su captura.

Los registros y allanamientos con resultados positivos que se practicaron en el inmueble de la calle 26^a N° 17^a 132 de Sincelejo con anterioridad al que tuvo lugar y que dio origen a esta investigación penal, la vinculación que con tales sucesos tuvo WILLIAM MANUEL GUEVARA BOHÓRQUEZ, la cantidad de la droga incautada, los dispositivos plásticos propios para la distribución de la sustancia ilícita, el lugar en el que se encontraban estos para el momento de la incautación, el dinero en efectivo hallado y el sitio en donde se localizó, la conducta observada por el procesado no solamente en el momento de

ingreso de las autoridades para la práctica de la diligencia de registro, sino también su proceder concomitante y posterior, son premisas indicadoras que de manera inequívoca y coherente conducen a la única conclusión que la sustancia en el asunto de marras no se encontraba en poder de GUEVARA BOHÓRQUEZ únicamente por razón de su enfermedad de adicción, sino también para su comercialización y almacenamiento ilícito, lo cual resulta incompatible penalmente con el concepto de enfermedad que da lugar a la atipicidad en los términos en los que lo registró la jurisprudencia de la Sala en la decisión CSP SP 9 de marzo de 2016, rad. 41760.

En asuntos como este en el que pueden coexistir las dos calidades tanto la de adicto como de distribuidor o comerciante de la droga, la Corte y la justicia no pueden cohonestar que precisamente la enfermedad se utilice como mampara o pretexto para delinquir, esto es, que bajo el supuesto de portar dosis compatibles con el propósito o necesidad de consumo, también queden amparadas cantidades destinadas con fines de comercialización, porque éstos últimos procedimientos han de ser perseguidos penalmente con la consecuente sanción, dada la efectiva lesión de los bienes jurídicos protegidos.

En este sentido, la Corte avala la consideración del fallador que no es lo mismo una cantidad de sustancia estupefacientes así sea mínima en manos de un consumidor o fármaco dependiente para su propio uso que



esa sustancia en la misma cantidad y proporción en poder de una persona que la conserva o porta con fines de venta, ámbito último que se demostró ante el hallazgo de elementos propios utilizados para su distribución, como las bolsas plásticas pequeñas, así como el dinero hallado en la cama del procesado.

Utilizando el argumento a simili, si un alcohólico es un enfermo, a nadie se le ocurriría judicializarlo como delincuente por esa conducta, pero, cuando en ese estado de salud adultera licor y comercia con el producto, habrá traspasado con su obrar las prohibiciones del Código Penal y se le deberá procesar por alterar bebidas alcohólicas en los términos del artículo 5° de la Ley 1222 de 2008. Lo propio ocurre con el adicto o consumidor de drogas, pues si su comportamiento desborda ese problema personal, por más enfermo que sea deberá ser juzgado penalmente por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

En otras palabras concluyentes, en el proceso penal se debe establecer si se está ante un enfermo o un criminal, pero no se trata de condenar o de absolver a un enfermo con argumentos caprichosos o arbitrarios. De la conducta del primero se deben ocupar las autoridades de salud, pero para ello no solamente se debe demostrar que es un consumidor, también ha de probarse que la sustancia es para el consumo personal y en una cantidad que solamente sea compatible con ese propósito y su necesidad, pues si no se dan estrictamente estos supuestos, su proceder, a pesar

de ser un enfermo, adicto o un consumidor, infringirá la ley penal y deberá ser juzgado por los jueces de la República, como cuando la droga portada (en su totalidad o parte de ella) la destina a la venta, distribución, comercio o tráfico, o también cuando la almacena en cantidades no requeridas, por citar algunos ejemplos.

Basten los anteriores argumentos, para despachar desfavorablemente la pretensión del libelista.

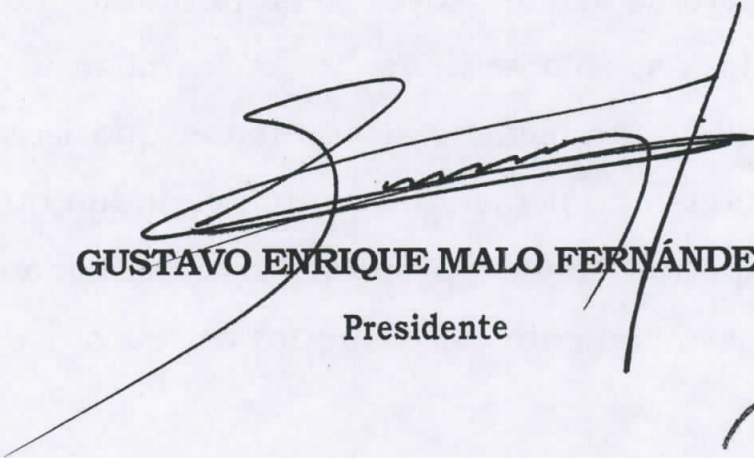
En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

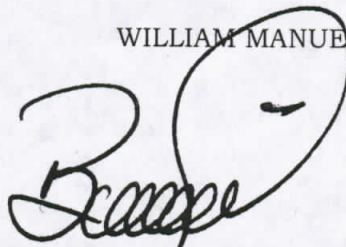
Notifiquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.



GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Presidente

Handwritten signature
18



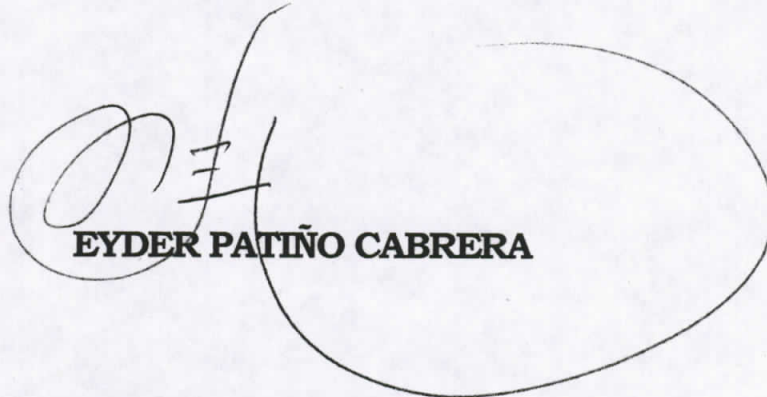
JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



EYDER PATIÑO CABRERA



PATRÍCIA SALAZAR CUELLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria



